

## **RESOLUCIÓN (Expte. Mc 22/97, Contenedores Tenerife)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 10 de diciembre de 1997

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente MC 22/97 (987/93 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), de medidas cautelares propuestas por el Servicio, a instancia de la empresa HERRERA ESTIBADORA, S.A., en el curso del expediente que se sigue por denuncia de la misma contra las entidades COMPAÑIA AUXILIAR DEL PUERTO, S.A. (CAPSA), SOCIEDAD DE ESTIBA CANARIA, S.A. (SOCAESA) y contra los accionistas comunes de las mismas COMPAÑIA MERCANTIL HISPANO NORUEGA, S.A., AHLERS Y RAHN CONSIGNATARIA, S.A., HAMILTON Y CIA., S.A. y OLSEN Y CIA., S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 6 de agosto de 1993 Herrera Estibadora, S.A., denunció a la Compañía Auxiliar del Puerto, S.A. (CAPSA) y a la Sociedad Canaria de Estiba, S.A. (SOCAESA), así como a los accionistas comunes de ambas sociedades: Compañía Mercantil Hispano Noruega, S.A., Ahlers y Rahn Consignataria, S.A., Hamilton y Compañía, S.A., y Olsen y Compañía, S.A., por supuestos pactos colusorios comprendidos en el art. 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).
2. Por Resolución del Tribunal de 23 de Marzo de 1994 se estimó el recurso (expte. r 72/94) interpuesto por Herrera Estibadora contra el Acuerdo del Servicio de 20 de diciembre de 1993, por el que se decidió el archivo de las actuaciones seguidas, revocándose dicho Acuerdo e interesándose del

Servicio la instrucción del correspondiente expediente con el fin de analizar la naturaleza de las relaciones existentes entre las seis empresas denunciadas afirmando o negando que constituyan un grupo, así como para conocer el alcance de las normas administrativas de la actividad que realizan las bases de contenedores y sus efectos sobre los presuntos pactos colusorios denunciados.

3. Con fecha 6 de junio de 1997, en el ámbito del expediente sancionador incoado por el Servicio, Herrera Estibadora, al amparo de lo establecido en el artículo 45.1 de la LDC, solicita del Servicio que proponga al Tribunal las medidas cautelares necesarias para *"que se inste a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife que proceda a desalojar a CAPSA de la Terminal del Dique del Este y a adoptar las medidas oportunas para que Consignataria Herrera traslade sus operaciones de su actual ubicación a dicha Terminal"*, ante la inminencia de su desalojo en la Dársena de Los Llanos.
4. El Servicio -considerando que con fecha 11 de junio de 1997 la Autoridad Portuaria notificó a Consignataria Herrera que "el 19 de junio dicha Autoridad tomaría posesión de las instalaciones sitas en la Dársena de Los Llanos, por lo que deberá dejarlas libres en el referido plazo, y en el supuesto de que el desalojo no quedara consumado dentro del término conferido se procederá a nombrar depositario que quedará facultado para despachar la mercancía que existiera en el momento de la ocupación"- acordó con fecha 23 de julio de 1997 proponer al Tribunal la adopción de la siguiente medida cautelar que sólo recoge la primera parte de la solicitud de la denunciante, pues no era momento de pronunciarse sobre su derecho a instalarse en el Dique del Este:
  - *"Que el Tribunal de Defensa de la Competencia se dirija a la Autoridad Portuaria para que dicha Autoridad haga ejecutiva su Resolución por la que aprobaba el rescate de la concesión del Dique del Este, con el consiguiente desalojo de CAPSA de dicha terminal."*
5. El 28 de julio de 1997 se produjo la toma de posesión de la parcela de la Dársena de Los Llanos, previa autorización del Juzgado de Instrucción nº 11 de Santa Cruz de Tenerife, que ocupaba Consignataria Herrera sin título jurídico alguno desde el año 1994 y que en 1995 había sido otorgada por concesión administrativa a La Candelaria Terminal de Contenedores..
6. El 29 de julio de 1997 el Tribunal decidió sobre la tramitación a seguir, acordando por Providencia del día siguiente designar Ponente, declarar interesada a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y conceder plazo de cinco días para alegaciones.

7. Todas las entidades interinteresadas comparecieron en el plazo concedido. Con fecha 4 de agosto de 1997 presentó alegaciones Herrera Estibadora, la Autoridad Portuaria lo hizo con fecha 13 de agosto del mismo año y las empresas denunciadas las presentaron conjuntamente el 12 de septiembre de 1997 porque no recibieron la notificación del Tribunal hasta el día 8 de dicho mes y año.
8. Herrera Estibadora se ratificó íntegramente en lo expuesto en su petición de amparo cautelar, así como lo manifestado en los escritos de 24 y 31 de julio de 1997 dirigidos al Tribunal. En el primero de estos escritos solicitaba del mismo la suspensión provisionalísima de las medidas de desalojo de Consignataria Herrera de la Dársena de Los Llanos. En el último, comunicaba que el día 28 de julio de 1997 se había producido la toma de posesión de la citada terminal, aunque no el desalojo, y que había recibido el día 31 de julio un oficio de la Autoridad Portuaria en el que se informaba de la aprobación por el Consejo de Administración de la misma, en reunión del 24 de julio, de la propuesta de reordenación de las Bases de Contenedores que incluía el pliego de otorgamiento de una concesión administrativa en El Bufadero a Consignataria Herrera. Asimismo, en la mencionada reunión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, se acordó archivar el expediente de rescate de la concesión en el Dique del Este para la explotación de una terminal pública de contenedores. Dicho acuerdo se adoptó con carácter provisional y condicionado al informe del Servicio Jurídico del Estado, así como a la aceptación de las partes interesadas. Todo ello supone, en su opinión, una discriminación contra Consignataria Herrera, supuestamente favorecida por la Autoridad Portuaria.
9. D. Rafael Marín Correa, en nombre de las entidades mercantiles denunciadas, alegó en primer lugar que sobre la adjudicación de la concesión de la terminal pública de El Bufadero a SOCAESA han recaído dos sentencias en sendos recursos contencioso-administrativos interpuestos por Herrera Estibadora contra tal adjudicación, confirmando la legalidad de la misma (sentencias de 4.2.1994 en el recurso nº 953/93 y de 2.11.1995 en el nº 1042/93), de lo que deduce la improcedencia de acceder a la petición principal de la denunciante en el expediente 987/93, que instruye el Servicio. En segundo lugar, alegó que Consignataria Herrera no es parte en el mencionado expediente por lo que no cabe adoptar una medida cautelar en su favor, que Consignataria Herrera no ostenta autorización administrativa para operar contenedores en la Dársena de Los Llanos, que no tiene derecho alguno para ocupar el Dique del Este, que fue titular de una autorización administrativa privada para operar los contenedores de Naviera Pinillos en la Dársena de Los Llanos desde el 1 de junio de 1992 hasta el 3 de junio de 1994, que no le fue renovada tal autorización por incumplir las principales condiciones de la misma, que Consignataria Herrera pudo en su momento

haber obtenido una autorización para operar en el Dique del Este pero no aceptó las condiciones de la Autoridad Portuaria y que la medida cautelar solicitada es innecesaria porque, aún cuando dicha Autoridad ha tomado posesión de las instalaciones donde operaba Consignataria Herrera en Los Llanos, al haberse nombrado depositario a Naviera Pinillos, puede seguir actuando. Asimismo, alegó que no es cierto que CAPSA se opusiera a la reversión del rescate, pues precisamente había solicitado la declaración de nulidad del mismo y que, en todo caso, desde junio de 1996 la Autoridad Portuaria había suspendido el traslado de CAPSA a la terminal El Bufadero II por imposibilidad de operar en esta base como consecuencia de las obras que se realizan para dejarla operativa, además de que, en virtud del principio de "las decisiones reales", una decisión de acordar la medida cautelar propuesta por el Servicio de desalojar a CAPSA del Dique del Este" jamás sería ejecutada porque es la única base de contenedores operativa en el Puerto de Santa Cruz de Tenerife para el tráfico público de contenedores, ante cuya realidad la Autoridad Portuaria vendrá obligada a invocar su propia competencia para regular el uso del puerto y el interés público de atender ese tráfico..."

Por último, alega que está prevista una reestructuración de terminales para atender un importante nuevo tráfico de transbordo de contenedores que supone inicialmente un aumento del 80% del tráfico actual, reordenación en la que se prevé un espacio para el tráfico de Naviera Pinillos que pueda atender Consignataria Herrera si acepta las cláusulas del pliego de condiciones y realiza las pertinentes inversiones que garanticen ese tráfico. Concluye que para dicha reordenación es de suma relevancia el acuerdo provisional de archivar el expediente de rescate del Dique del Este, sujeto a la aceptación de CAPSA. Subsidiariamente, suplica al Tribunal que, ante la gravedad que supondría para el tráfico público de contenedores y para CAPSA la adopción de la medida cautelar, Consignataria Herrera debería prestar caución de mil millones de pesetas para responder de los perjuicios que se ocasionarían.

10. La Autoridad Portuaria alegó, ante todo, que la cuestión planteada por el Servicio corresponde a la competencia de aquélla, por lo que, a tenor de lo previsto en el artículo 12 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), procedía requerir de inhibición al Servicio en el expediente 987/93, además de declarar no haber lugar a la medida cautelar propuesta por las siguientes razones de orden competencial:

*"El artículo 35 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, establece que las Autoridades Portuarias desarrollarán las funciones que se les asigna en esta Ley bajo el principio general de autonomía de gestión, sin perjuicio de las*

*facultades atribuidas en la misma a Puertos del Estado y las de tutela y fiscalización que sobre ellas ostente el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Hoy Ministerio de Fomento), el 36 en sus apartados b) y d) de la propia Ley y el 37, en su apartado j), confieren a los propios Entes Públicos, la ordenación de la zona del servicio del puerto, la gestión del dominio público portuario, el otorgamiento de las concesiones y los contratos de prestación de los servicios portuarios, además que el apartado b) del mismo artículo 37 asigna la Coordinación de la actuación de los diferentes órganos de la Administración, en el ámbito del puerto, precisamente a las Autoridades Portuarias.*

*Entiende esta Autoridad Portuaria que las facultades que la Ley reconoce al Tribunal y al Servicio de la Competencia se refieren a las conductas empresariales en el marco de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, y no alcanzan a la ordenación del dominio público portuario y el régimen jurídico concesional ni pueden sustituir o interferir en los procedimientos judiciales".*

Seguidamente, la Autoridad Portuaria, para rebatir el fundamento fáctico de la Providencia de Instrucción de 22 de julio de 1997, expone una detallada relación de hechos y análisis técnicos de los complejos cambios en la ordenación de las bases de contenedores desde el año 1992 -con las consiguientes resoluciones administrativas y procedimientos judiciales- que tuvieron el objeto de realizar obras fundamentales y aprovechar las importantes expectativas que ofrece últimamente el tráfico de transbordos para el desarrollo del puerto. Estos cambios determinan, en definitiva, pasar de una situación de mayor oferta en terminales públicas a una demanda que duplica los espacios y líneas de atraque disponibles.

Por lo tanto, para la Autoridad la única posibilidad de admitir la coexistencia en las áreas de mayor calado -Dique del Este y Bufadero (I y II)- de terminales públicas y privadas exige imperativamente la dotación de maquinaria, para unas y otras, que garantice una explotación intensiva de líneas de atraque y franjas anexas, mediante una adecuación de los ritmos de movimiento de contenedores.

Por otra parte, manifiesta que en la sesión del Consejo de Administración de 24 de julio corriente se examinó la propuesta de la Presidencia relativa a la reordenación de las Terminales de Contenedores y, apreciando la procedencia de encontrar una vía que haga factible la inserción de Consignataria Herrera en el campo operativo de las terminales públicas y privadas existentes, acordó lo siguiente:

- "1º Proceder al replanteo de los terrenos afectados por las concesiones otorgadas en el muelle de El Bufadero.*
- 2º Archivo del expediente de rescate de la concesión otorgada en el Dique del Este para la explotación de Terminal Pública de Contenedores.*
- 3º Declarar la compatibilidad de explotación de las Terminales Públicas del Dique del Este y de El Bufadero I por CAPSA con la previa autorización para la transmisión de las acciones de SOCAESA a CAPSA y el reconocimiento del derecho a prórroga en la concesión del Dique del Este, en orden al cumplimiento de las obligaciones previstas en el pliego de su otorgamiento, hasta la fecha.*
- 4º Aprobar el pliego de otorgamiento de concesión administrativa para la instalación y explotación de una Base de Contenedores Privada a la Compañía Herrera en El Bufadero.*
- 5º La redacción de una normativa específica reguladora de la utilización de la línea de atraque de El Bufadero y franja anexa para garantizar la utilización intensiva de las mismas y periodos máximos por operación, con explotación permanente de 24 horas y adecuación de equipos de maquinaria.*
- 6º Redactar el proyecto y proceder a la contratación de las obras necesarias para disponer de la totalidad de los espacios actuales de El Bufadero y la ampliación mediante la incorporación de una superficie bruta de 11.710 m<sup>2</sup> de la que habrán de detrarse, a efectos concesionales, las destinadas a viales pero manteniendo la posibilidad de conexión con los terrenos actualmente comprendidos con El Bufadero II.*
- 7º Promover las medidas necesarias para la adecuación de las operaciones de estiba y desestiba, horarios, tarifa y cuando sea necesario para la optimización de uso que se pretende para acoger los tráficos de transbordo.*

*Los precedentes acuerdos tienen carácter provisional y quedan condicionados al informe de los Servicios Jurídicos del Estado, así como al sometimiento a la aceptación de las partes interesadas, sin perjuicio del acuerdo que, en definitiva, se dicte por el Consejo de esta Autoridad Portuaria, una vez cumplidos los expresados trámites."*

Por último y en lo referente al fondo de la propuesta de amparo cautelar, señala que la ponderación de los perjuicios generales que podría conllevar su adopción y la prudencia de seguir otras conductas menos perturbadoras para la actividad portuaria, le obliga a expresar su total discrepancia con dicha medida cautelar por lo que añade las siguientes consideraciones:

- "a) *Consignataria Herrera y Cía. S.A. que no es parte en el expediente en el que se habla, carece de concesión o autorización administrativa en el espacio portuario de Santa Cruz de Tenerife para la explotación de una terminal privada de contenedores.*

*La no aceptación de las condiciones establecidas por la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de una terminal privada en el Dique del Este extinguió toda expectativa de derecho al respecto, según está confirmado por Sentencia judicial.*

- b) *El desalojo de la única terminal pública de este Puerto, en pleno rendimiento que es la del Dique del Este, para ser entregada a Consignataria Herrera para la explotación de una terminal privada, llevaría a consecuencias inimaginables en cuanto a la paralización de la economía insular, baste considerar que, de un movimiento total de 222.497 TEUS en el año 1996, más de 80.000 fueron operados en dicha terminal, y estas cifras se refieren en su práctica totalidad a tráfico cautivo, es decir, al que sostiene la vida económica de la isla, aparte de que llegado el caso -y, como se puede apreciar, se trata de evitar, manteniendo, en la medida de lo posible, pero no en contra de su voluntad, la subsistencia de todos los operadores- una terminal privada es susceptible de sustitución por una pública pero no, al menos legalmente, a la inversa.*

*Como puede entenderse, a la vista de la relación de hechos, CAPSA no puede trasladarse sin más al muelle de El Bufadero ya que razones de orden físico, de un lado, lo impiden, al haberse suspendido los efectos concesionales en esta zona portuaria, por razón de las obras que se están realizando en el espigón de defensa según se ha informado y por otras de orden jurídico como son las exigencias de observar el procedimiento establecido por la Ley de Expropiación forzosa con la amplia repercusión económica de la constitución de un depósito del orden de 250 millones que no es viable según resulta del acuerdo de la Autoridad Portuaria de 24 de julio que, aún con carácter provisional, decide el archivo del expediente de rescate del Dique del Este de acuerdo con las facultades que la Ley reconoce a la Administración.*

- c) *La Autoridad Portuaria, dentro de sus competencias, y en cumplimiento de los intereses colectivos y bienes del Estado que administra, pondera en la ejecución de sus propios acuerdos, aquellas actuaciones que a juicio del órgano colegiado que constituye su Consejo de Administración -asesorado por los Servicios Jurídicos del Estado, cuyo Abogado Jefe en la Provincia forma, además parte del mismo- considera más concordes con aquéllos y es la primera interesada en que las medidas que adopta comporten los principios que informan todas las medidas cautelares. Puede observarse a la luz de los fundamentos del mencionado acuerdo de 24 de julio que, no obstante la resistencia de Consignataria Herrera S.A. en acomodar su conducta a las circunstancias que demandan los intereses generales, nuevamente se le ofrece la oportunidad de insertar su actividad como agente de la Naviera Pinillos, S.A. que, es, en realidad, la empresa que tiene tradición en el tráfico de este Puerto.*

*Debe finalmente hacerse la observación de que no está planteada "la expulsión del mercado" de Consignataria Herrera, que está habilitada para operar como tal empresa consignataria y como empresa estibadora, actividades ambas que ejerce, sino que para ser titular de una autorización o concesión en el demanio público han de seguirse unos trámites legales y cumplirse unos requisitos que, hasta la fecha, la citada Compañía no ha satisfecho."*

11. El 11 de octubre de 1997 tiene entrada en el Tribunal un escrito del Servicio por el que remite otro de fecha 7 del mismo mes y año de la Autoridad Portuaria informándole de la situación de operatividad de las bases de contenedores y del consiguiente acuerdo de archivo del expediente de rescate de la base del Dique del Este, acuerdo que ha sido informado favorablemente por el Servicio Jurídico del Estado en la Provincia.
12. Son interesados en este expediente:
- Herrera Estibadora, S.A.
  - Compañía Auxiliar del Puerto, S.A.
  - Sociedad Canaria de Estiba, S.A.
  - Compañía Mercantil Hispano Noruega, S.A.
  - Ahlers y Rahn Consignataria, S.A.
  - Hamilton y Compañía, S.A.
  - Olsen y Compañía, S.A.
  - Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Este incidente cautelar se ventila en el ámbito del expediente 987/93 del Servicio y tiene su origen en la denuncia interpuesta por Herrera Estibadora por supuestas prácticas colusorias para monopolizar el mercado de las terminales de contenedores en el puerto de Santa Cruz de Tenerife o de abuso de posición de dominio en el mismo.

A los efectos del presente incidente, la situación del puerto puede resumirse en los siguientes términos: a) la base pública del Dique del Este explotada por CAPSA desde su concesión en 1988 no pudo trasladarse a El Bufadero, como se había acordado por la Autoridad Portuaria en 1994 y 1995, por las obras en el espigón de defensa y las expectativas que abre el nuevo tráfico de transbordo de contenedores que hicieron cambiar la reordenación aprobada en dichos años; b) la consiguiente suspensión y posterior archivo, informado favorablemente por la Abogacía del Estado, del expediente de rescate de la concesión de CAPSA en el Dique del Este; c) la toma de posesión por la Autoridad Portuaria de la parcela que ocupaba Consignataria Herrera en la Dársena de Los Llanos sin título jurídico alguno, pero con la posibilidad de seguir operando como representante de Naviera Pinillos que ha sido designada depositaria de las instalaciones; d) la simultánea nueva reordenación de las terminales de contenedores con la puesta a disposición de La Candelaria de la parcela que ocupaba Consignataria Herrera y que se otorgó por concesión a la primera ya en el año 1995, así como la aprobación por dicha Autoridad del pliego de otorgamiento de una concesión en El Bufadero a Consignataria Herrera que lo ha aceptado; y e) los proyectos de nueva normativa reguladora y de las obras necesarias para garantizar la utilización intensiva de El Bufadero.

El Servicio, en su Acuerdo de 23 de julio de 1997, trata de paliar los efectos de la inminente toma de posesión por la Autoridad Portuaria de la terminal de Los Llanos de Consignataria Herrera con la ejecución del rescate del Dique del Este que, intentando evitar la expulsión del mercado de dicha empresa, tendiera a asegurar la eficacia de la Resolución final que, en su caso, dicte el Tribunal si estimara la existencia de prácticas abusivas prohibidas por el artículo 6 de la LDC.

Sin embargo, del análisis fáctico que precede y de la situación creada tras la mencionada toma de posesión, no se sustenta con hechos concretos la relación de causalidad de la medida cautelar propuesta con el expediente principal, como resultaría imprescindible para que cupiera apreciar la necesidad de acordar la medida, según se analizará en los Fundamentos de Derecho 5 y 6 de esta Resolución. Más bien se aprecia que el resultado pretendido por el Servicio se puede conseguir con otras medidas menos traumáticas o perjudiciales, dadas las actuaciones de reordenación de la

Autoridad Portuaria que constan en sus alegaciones a este Tribunal, para que Consignataria Herrera siga operando en dicho puerto.

2. Con carácter previo al pronunciamiento sobre la procedencia de la medida cautelar propuesta, es preciso abordar las cuestiones que la Autoridad Portuaria interesa de este Tribunal consistentes, en primer lugar, en que "resuelva la inhibición del Servicio en el expediente 987/93" y su "incompetencia en las cuestiones planteadas"; y, en segundo lugar, que el Servicio no ha seguido el procedimiento de la LDC al no haberle dado el trámite de audiencia previo a la propuesta cautelar.

En cuanto a la petición de que este Tribunal resuelva la inhibición del Servicio en el expediente 987/93, el Tribunal la da por recibida y decidirá sobre dicha cuestión en la Resolución definitiva que, en su caso, recaiga sobre dicho expediente, por ser en aquélla donde han de resolverse todas las cuestiones planteadas y porque en este momento procesal ni siquiera ha sido formulado pliego de cargos.

En todo caso, sobre la incompetencia del Servicio en el planteamiento de la medida cautelar propuesta, hay que señalar que esta cuestión ha sido ya analizada y resuelta por este Tribunal, entre otras, en su Resolución de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM). En dicha Resolución se ponía de manifiesto que la LDC es una Ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 (Sala de lo Civil) indica que la valoración de si existe infracción de la LDC corresponde exclusivamente a este Tribunal, no habiendo sido, por tanto, encomendada a ningún órgano sea colegial, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto imputado, todo ello sin perjuicio del posterior control jurisdiccional de la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. En otras palabras, el Tribunal, aunque no tiene competencia para revisar los actos de la Administración, para lo cual existe una vía administrativa y contenciosa, es el único órgano que la tiene (bajo el oportuno control jurisdiccional), tanto para analizar si un acto de cualquier institución que tenga delegadas funciones públicas es un genuino "acto administrativo" al margen del tráfico mercantil y que no puede ser analizado de acuerdo con la LDC, como para analizar si una conducta determinada restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC.

Por tanto, no puede alegarse una incompetencia de tipo previo, pues corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia analizar el caso para resolver si la conducta realizada constituye un "acto administrativo" que queda al margen de las prohibiciones de la LDC y si existe o no autorización legal.

En cuanto a que el Servicio no había dado el trámite de audiencia a la Autoridad Portuaria, hay que señalar que el artículo 45.1 de la LDC permite al Servicio proponer en cualquier momento, bien de oficio o a instancia de los interesados, la adopción de medidas cautelares, con un procedimiento que ha de ser sumario y urgente. Es más, es un hecho incuestionable que se ha dado el principio de contradicción al haberse trasladado a las partes por este Tribunal el Acuerdo del Servicio de propuesta de medidas, poniéndoles de manifiesto el expediente y habiendo realizado la Autoridad Portuaria las alegaciones oportunas. En todo caso, en el Servicio de Defensa de la Competencia se dará el principio de contradicción cuando en el expediente que instruye se formule, en su caso, el correspondiente pliego de cargos.

3. Es doctrina consolidada de este Tribunal que para proceder a la adopción de medidas cautelares deberán concurrir los siguientes requisitos: a) que se haya incoado por el Servicio el correspondiente expediente sancionador (el expediente de medidas cautelares es accesorio respecto del principal); b) que se aprecie "prima facie" en el expediente que se están causando perjuicios que, si no se atajan de inmediato, pueden restar eficacia a la Resolución que recaiga en el expediente principal (principios de "fumus boni iuris" y "periculum in mora"); c) que exista una solicitud del Servicio, bien de oficio, bien a instancia de los interesados; d) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); e) que se adopten en plazos muy breves y con simplificación de trámites (se trata de un procedimiento sumario y de urgencia); f) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables a las partes o bien que se violen derechos fundamentales y que exista la posibilidad de solicitar fianza a la parte que haya solicitado la adopción de la medida cautelar (principio de equilibrio); y g) que el tiempo por el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses (principio de provisionalidad).
4. La adopción de medidas cautelares con dichas características está expresamente prevista en el artículo 45 de la LDC, debiéndose tener presentes, además, los principios informadores de la protección cautelar unánimemente reconocidos por la doctrina que se concretan en los de "fumus boni iuris" y "periculum in mora". En consecuencia, la apariencia de buen derecho se debe corresponder en este caso con el objetivo específico de la LDC de "garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público..." (Exposición de Motivos de la LDC), evitando los acuerdos y las demás prácticas restrictivas o abusivas que limitan la competencia en el mercado y que se concretan en los artículos 1,6 y 7 de la LDC. El "periculum in mora" vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamandrei de peligro de infructuosidad y en la de peligro por la tardanza, recogida, sin duda, en el artículo 45 LDC.

5. Procede ya analizar si en el supuesto de hecho de este expediente están presentes todos los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar propuesta por el Servicio y recogida en el Antecedente de Hecho 4.

Como primera cuestión ha de plantearse si la medida cautelar propuesta por el Servicio guarda la debida relación con el expediente principal que éste instruye y del cual el incidente cautelar es accesorio.

Según se ha expuesto en el Fundamento Jurídico 3, el artículo 45.1 de la LDC contempla las medidas cautelares no como meramente tendentes a aumentar la eficacia de la resolución final, sino sólo, con carácter restringido, como las "necesarias" para "asegurar" dicho objetivo.

En consecuencia, la adopción de la medida propuesta por el Servicio - ejecución del rescate de CAPSA en el Dique del Este- exigiría demostrar su relación de causalidad con el fin de "asegurar la eficacia" de una resolución que tendría que versar sobre supuestos pactos colusorios de las empresas denunciadas para monopolizar el mercado de las terminales de contenedores o abuso de posición de dominio en el mismo.

El Tribunal entiende que existe, naturalmente, una relación clara entre la caducidad de la autorización de Consignataria Herrera en la Dársena de Los Llanos y la consiguiente toma de posesión por la Autoridad Portuaria, pero no entre este hecho y la suspensión del rescate de CAPSA en el Dique del Este. En efecto, el presente incidente cautelar parece que se origina realmente como un intento más de Consignataria Herrera de paralizar el desalojo de sus instalaciones mediante el expediente incoado por denuncia de Herrera Estibadora. Pero, como Consignataria Herrera no es parte en el expediente, resulta evidente que la medida cautelar no puede acordarse en su favor en este procedimiento. Por ello, el Servicio hacía bien en rechazar por improcedente la segunda parte de la medida solicitada consistente en que la Autoridad Portuaria adoptara las medidas oportunas para que Consignataria Herrera se trasladara al Dique del Este y, posiblemente, estimó la primera parte considerando, en su momento, que iba a ser expulsada del mercado, cosa que de lo actuado hasta ahora no se sustenta con hecho abusivo alguno.

Por lo tanto, estima el Tribunal que la medida cautelar propuesta tendrá que ser rechazada por no guardar la debida relación de causalidad con el expediente principal que instruye el Servicio.

6. En todo caso, en cuanto a la apariencia de buen derecho, como se expone en el Fundamento de Derecho 4, la situación jurídica cautelable se ha de corresponder con el objetivo específico de la LDC de garantizar una

competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Pues bien, las alegaciones de la Autoridad Portuaria y de las empresas denunciadas para oponerse a la medida cautelar propuesta se centran en el argumento de los evidentes perjuicios generales y colectivos que conllevaría la adopción de la misma, dado que el desalojo de la única terminal pública en pleno rendimiento de las tres existentes, que es la de CAPSA en el Dique del Este, tendría gravísimas consecuencias en cuanto a la paralización de la economía insular. Para justificar este argumento la Autoridad Portuaria expone una detallada relación de hechos y análisis técnicos de los cambios en la ordenación de las terminales de contenedores que demuestran, con la sumariidad y ausencia de mayores comprobaciones del procedimiento cautelar, que la cuestión del rescate del Dique del Este ha quedado desfasada en el tiempo. En este sentido, dicha Autoridad recoge el dato que, a juicio del Tribunal, resulta fundamental de que en el año 1996, de un movimiento total de 222.497 TEUS, más de 80.000 fueron operados en dicha terminal, que es la de mayor movimiento, y correspondían en su práctica totalidad al tráfico cautivo, es decir, al que sostiene la vida económica de la Isla. E innecesaria resulta la explicación de la importancia del abastecimiento de mercancías por vía marítima de las Islas Canarias.

Además, según alegan CAPSA y la Autoridad Portuaria, la primera no pudo trasladarse al muelle de El Bufadero porque lo impidieron tanto razones de orden físico, por las obras que se están realizando en el espigón de defensa, como las nuevas expectativas que invalidaron los acuerdos de reordenación de la Autoridad Portuaria de 1994.

Precisamente, entiende el Tribunal por las alegaciones de estas dos entidades que la importancia de estas obras para el nuevo tráfico de transbordo de contenedores con buques de mayor calado -se prevé un aumento inicial de un 80% del tráfico actual- justifica los últimos e, incluso, futuros cambios en la ordenación de las terminales de este puerto pues tan notables expectativas ofrecen posibilidades para todos los operadores actuales, pero exigen también considerables esfuerzos. Estos esfuerzos llevan a la Autoridad Portuaria a oponerse también a la medida cautelar por la comprensible razón de la carga financiera que supondría en la situación actual tener que constituir un depósito del orden de 250 millones de pesetas para proceder a ejecutar el rescate.

En consecuencia, el Tribunal comparte, en su análisis indiciario de la cuestión, los argumentos alegados por la Autoridad Portuaria y las denunciadas de los claros perjuicios generales y colectivos que conllevaría la adopción de la medida cautelar propuesta por el Servicio, de la que se podrían derivar daños irreparables para la economía de la Isla en la situación en que se encuentran actualmente las bases de contenedores en este puerto y teniendo en cuenta los proyectos de obras que se han de realizar.

7. Establecido lo que antecede en los Fundamentos Jurídicos 4 y 5, no resultaría ya necesario proseguir con el examen del cumplimiento de los demás requisitos de las medidas cautelares. Sin embargo, resulta conveniente analizar si se aprecian daños cuantificables al interés público o a la denunciante que, de no intervenir el Tribunal de inmediato, hicieran peligrar la actividad de aquélla.

De cuanto se expone en los escritos de alegaciones sobre el desalojo de la dársena de Los Llanos, incluidos los de la denunciante, se aprecia que, tras la toma de posesión de la parcela que ocupaba Consignataria Herrera y habiéndose nombrado a Naviera Pinillos, S.A., depositaria de sus instalaciones, la primera ha podido seguir operando provisionalmente desde el primer momento, aunque no sin dificultades, junto a los terrenos en los que venía haciéndolo, previo acuerdo con La Candelaria Terminal de Contenedores, S.A., logrado a través de la Autoridad Portuaria. Luego Consignataria Herrera no ha sido expulsada del mercado.

Asimismo, antes de la mencionada toma de posesión, dicha Autoridad había acordado en la sesión del 24 de julio corriente de su Consejo de Administración el pliego de otorgamiento de una concesión administrativa privada en el Bufadero II a Consignataria Herrera que ésta aceptó posteriormente, tras conseguir algunas modificaciones. En consecuencia, a juicio del Tribunal, todas estas decisiones ponen de manifiesto que no concurre la "necesidad" de adoptar la medida cautelar propuesta, dado que existe espacio disponible, pero siempre que se utilice el equipamiento adecuado.

Por lo tanto, el Tribunal estima que tampoco se aprecia en este caso el "periculum in mora" en su doble acepción de peligro de infructuosidad ni en la de peligro por la tardanza.

8. Por todo ello, el Tribunal considerando que no se cumple ninguno de los dos principios informadores de la protección cautelar, acuerda rechazar la medida cautelar propuesta por el Servicio.

**VISTOS** los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

## **HA RESUELTO**

Rechazar la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de que se adopte, respecto de la Compañía Auxiliar del Puerto, S.A., la medida cautelar que se recoge en el Antecedente de Hecho 4.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la presente Resolución no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.